

700

600

500

400

### Nutzungsbedingungen

300



Dieses Werk ist lizenziert unter einer [Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

### Terms of use

200



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

100

100

200

300

400

500

Digizeitschriften e.V.  
SUB Göttingen  
Platz der Göttinger Sieben 1  
37073 Göttingen

[info@digizeitschriften.de](mailto:info@digizeitschriften.de)

## **Kontakt/Contact**

Digizeitschriften e.V.  
SUB Göttingen  
Platz der Göttinger Sieben 1  
37073 Göttingen

✉ [info@digizeitschriften.de](mailto:info@digizeitschriften.de)

## XV.

## Rechtsfall, als Beitrag

- 1) zu der Lehre von der Streitgenossenschaft, deren Socialverhältniß, und daher einer möglichen verschiedenen Richtung im Beweisverfahren, so wie in dem Resultat des gemeinschaftlichen Rechtsstreits —
- 2) zu der Lehre von dem Grundsatz: „paganus pro parte testatus pro parte intestatus decedere non potest.“

Von dem  
Professor Dr. Seuffert, zu Würzburg.

## §. 1.

## Geschichtserzählung und Proceßgeschichte.

**M.** L\* war mit Hinterlassung eines Testaments verstorben, in welchem er jedes seiner sechs Kinder in den Pflichttheil, in den übrig bleibenden Drittheil <sup>1)</sup> aber, mit Ausschluß seiner Töchter R\* und E.\* M.\*, seine Söhne J.\*, F.\*, M.\* und Fr.\* zu Erben eingesetzt hatte. Die Letzteren traten die Erbschaft aus diesem Testamente an, und wurden in den Besitz derselben gesetzt. Die Töchter aber stellten gegen ihre Brüder querelam nullitatis testamenti an, indem der väterliche letzte Willen durch ungestümes Zureden von ihnen erschlichen und gewissermaßen erzwungen worden sey; — und verlangten mit den Beklagten in gleichen Theilen zur Intestaterbfolge in das väterliche Vermögen gelassen zu werden.

Nach verhandelter Sache erging nachfolgender Zwischenbescheid:

1) Nach der fränkischen Landgerichts-Ordnung beslehet der Pflichttheil der Kinder, ohne Rücksicht auf ihre Zahl, in zwei Drittheilen des väterlichen Vermögens.

»Die Klägerinnen haben binnen einer péremtorischen Frist von 30 Tagen zu beweisen: daß das Testament ihres Vaters durch ungestümes Zureden von Seite der Beklagten erschlichen, und Testirer gezwungen worden, seinen letzten Willen, wie geschehen, einzurichten; — worauf weiterer Spruch Rechtens ergehen wird 2).«

Diesem ihnen auferlegten Beweis traten die Klägerinnen dadurch an, daß sie jedem der Beklagten für seine Person über die Thatsache des ungestümen Zuredens und der Erzwingung den Schiedescheid deferirten. Die Letzteren acceptirten diesen Haupteid, und es wurde sofort Schwörungstermin, unter dem Nachtheile des Nichtschwörenkönnens, anberaunt. Auf der bestimmten Tagfahrt erschienen die Brüder J.\* und F.\*, und schwuren den ihnen zugeschobenen Eid ab. Die beiden andern hingegen, M.\* und Fr.\*, erschienen nicht, und wurden ihres Ungehorsams wegen als solche beurtheilt, welche nicht schwören wollen und können.

## §. 2.

### Beurtheilung.

Welche rechtliche Folge geht nun in gegenwärtigem Falle daraus hervor, daß zwei der Delaten den Haupteid abgelegt haben, die zwei andern aber für nicht schwören könnend erachtet werden mußten?

Sämmtliche Beklagte und Delaten befinden sich offenbar in dem Verhältnisse der Streitgenossenschaft. Sie sind als angegriffener Theil in demselben Rechtsstreite zu Erreichung eines und eben desselben nächsten Zweckes, nämlich zur Aufrechterhaltung des von den Klägerinnen angefochtenen Testaments, vereinigt 3). Diese Vereinigung zur gemeinschaftlichen Proceßführung ist aber nicht nothwendig in dem Rechtsverhältnisse der Beklagten zueinander und zu den Klägerinnen begründet. Denn bei der hereditatis petitio partiaria, welche der angestellten Nullitätsklage zu Grunde liegt, muß der einzelne Erbe,

2) Nachdem dieser Zwischenbescheid rechtskräftig vorliegt, fällt die Streitfrage hinweg: ob die römischen Gesetze, nach welchen, wenn der Erblasser zu Errichtung eines letzten Willens gezwungen wurde, die Succession nicht an die Intestaterben kam, sondern dem Testamentserben vom Fiscus entzogen wurde, — noch anwendbar seyen? (was B a s neuerdings behauptet). Eben so wenig kann nach der Lage des Processes, wie sie sich hier im Momente der endlichen Entscheidung findet, noch über die Zulässigkeit der Eidesdelation in solchen Fällen gestritten werden.

3) Vergl. Martins und W alchs Magazin für den gemeinen deutschen bürgerlichen Proceß I, 1. S. 29—30.

wenn der Besizer der Erbschaft Mehrere sind, von jedem derselben den dem Umfange seines Besitzes angemessenen Beitrag zu seiner Erbportion fordern <sup>4)</sup>; so, daß in dem gegenwärtigen Falle, indem jede der beiden Klägerinnen, als Intestaterbin zum 6ten Theile der Erbschaft, von jedem der 4 Beklagten  $\frac{1}{24}$  fordern muß, eigentlich 8 verschiedene Prozesse gemeinschaftlich verhandelt wurden, und getrennt verhandelt werden können. Desungeachtet stand es nicht in der Willkür der Beklagten, die Streitgenossenschaft zu bilden, oder eine subjective Klagenhäufung mit dem Gesuch zu excipiren: „die Klägerinnen sollten einzeln jeden einzelnen Beklagten separat belangen.“ Denn jeder Kläger hat das Recht, mehrere Personen, welche er alle aus dem nämlichen *facto* und aus dem nämlichen Rechtsgrunde belangen kann, zusammen als Streitgenossen zu verklagen, wenn gleich diese eine Trennung wünscheten und forderten <sup>5)</sup>. Weil aber die Streitgenossenschaft der Beklagten nicht notwendig in dem streitigen Rechtsverhältnisse selbst, sondern nur in einer *Processu maxime* begründet ist, so ist auch Einheit des Erfolgs von dem Rechtsstreite für alle Streitgenossen im Allgemeinen durchaus nicht absolut notwendig <sup>6)</sup>.

## §. 3.

Allen Beklagten, und zwar jedem für seine Person, wurde darüber der Haupteid deferirt: „daß er den Testator nicht durch ungekümtes Zureden zu Errichtung des Testaments in der Art, wie sie geschehen, vermocht habe.“ Zwei derselben haben geschworen, die beiden Andern mußten in *contumaciam* für nicht schwören wollend und könnend erachtet werden.

Steht man ab von der besondern Natur des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses, so kommt

1) das Princip zur Anwendung: *non debet alterius collusionem aut inertia alterius jus corrumpi* <sup>7)</sup>.“

Die Omissiv-Handlungen der Brüder M.\* und Fr.\* dürfen den beiden Andern, J.\* und F.\*, auf keine Weise zum Nachtheil angerechnet werden.

4) fr. 1. §. 2. *si pars hered. pet.* — Schwegge's römisches Privatrecht S. 859.

5) Selbst vor ihrem gemeinschaftlichen Obergericht, wenn sie in verschiedenen Untergewichten zerstreut wohnen sollten R. D. A. v. 1600. S. 23, 24. Martins und Walths Magazin I., 1. S. 32., 2. S. 174. u. d. mit Martins Lehrb. d. Civilpr. S. 32, 34. a. G. u. S. 55. ff.

6) Martin und Walth a a O. Heft 2. S. 251. ff.

7) fr. 9. *pr. de liberali causa.* fr. 74. d. R. J.

Es können aber auch

2) Die Ersteren von der Eidesleistung der Letzteren durch, aus keinen Vortheil ziehen.

Denn jedem Einzelnen der 4 Beklagten war der Haupteid für seine Person über sein eigenes Handeln deferirt. Ideo interpositum est jusjurandum, ut de persona jurantis ageretur <sup>8)</sup>.

Aber diese Entscheidungsgründe scheinen doch sehr bedenklich, wenn man das streitige Rechtsverhältniß selbst und an sich — objectiv — näher ins Auge faßt.

Die Klägerinnen setzten das väterliche Testament als erschlichen und erzwungen an. Es wird ihnen der Sieg Rechts durch den rechtskräftigen Zwischenbescheid für den Fall zugesichert, wenn sie das Factum der Erschleichung und Erzwingung darzuthun vermögen. Offenbar — kann man sagen — ist aber der Ausspruch der Richtigkeit des fraglichen Testaments schon dadurch begründet, daß jene Thatsache von Seiten auch nur Eines der Beklagten rechts-erforderlich dargethan ist; indem es ja keiner vierfachen, sondern nur einer einfachen Richtigkeit des Testaments bedarf, und es gleichviel ist, ob alle vier Brüder der Einschleichung und des Zwanges sich schuldig machten, ob nur einer von ihnen den Vater beschliche oder zwang. Mußte nun diese Thatsache von Seiten der im Schwörungstermine nicht erschienenen Brüder M.\* und Fr.\* in contumaciam für eingestanden gehalten werden <sup>9)</sup>, so gewinnt es das Ansehen, als wäre der auferlegte Beweis der Streitigen, der Klage zum Grund gelegten, Thatsache von dem objectiven Gesichtspunct aus für voll und untrügliche zu achten, und also das Endurtheil ganz nach dem Antrage der Klägerinnen auszusprechen.

Dies Bedenken erhält noch ein weit stärkeres Gewicht, wenn man erwägt, daß, sobald man das Endurtheil nach den oben angedeuteten Entscheidungsgründen ausspricht, theils entbindend, theils verurtheilend, der leitende Grundsatz des römischen Erb-rechtes: „paganus pro parte testatus, pro parte intestatus decedere non potest“, geradezu verletzt würde; indem ja in Rücksicht derjenigen Brüder, welche den aufgelegten Haupteid geschworen haben, das Testament aufrecht erhalten, in Rücksicht der beiden Andern aber den Klägerinnen die Intestateerbsfolge eröffnet werden mußte.

8) fr. 28. §. 1. de jurejurando.

9) Grolman, in der Theor. des ger. Verf. in bürgerl. Rechtskr. S. 95. Martiu, in dem Lehrb. des bürgerl. Proc. S. 219.

## §. 4.

Dennoch lassen sich diese Zweifelsgründe zu Entscheidungsgründen nicht erheben.

Im Allgemeinen ist es zwar richtig, daß, wäre die Thatsache der Erschleichung oder Erzwingung objectiv erwiesen, wenn gleich nur als von einem der beiden Brüder verübt, das Testament auch überhaupt, in Hinsicht auf alle Beklagte, als nichtig zusammenfallen würde, und mithin für keinen derselben den Grund einer testamentarischen Erbfolge abgeben könnte. Allein der von den Klägerinnen unternommene Beweis durch Eidesantrag ist rein subjectiv. Schon oben wurde gedacht, daß die Verbindung der Beklagten zur gemeinschaftlichen Verteidigung nicht nothwendig in dem Rechtsverhältnisse selbst lag, sondern nur in einer Proceßmaxime begründet war, und es folgt hieraus, daß, wenn die rechtliche Folge gegen Alle gleichmäßig eintreten soll, der Beweis der entscheidenden Thatsache auch so zu stellen ist, daß er gegen jeden Einzelnen Wirkung haben kann, d. h. von jedem als formelle Wahrheit wider ihn anerkannt werden muß. Gegen Alle würde die Beweisführung wirksam gewesen seyn, wenn sie durch Zeugen geschehen wäre, gesetzt auch, diese hätten auch nur von dem einen der Beklagten beweiskräftig ausgesagt: jener habe das ganze Testament erschlichen oder erpreßt. Indem aber die Klägerinnen ihre Zusage zu der Eideszuschreibung, und zwar an jeden Einzelnen der Beklagten, nahmen, traten sie in ein rein subjectives Verhältnis zu jedem einzeln Beklagten, führten gegen jeden einen besondern Rechtsstreit, einen besondern Beweis, in dessen Gebiet die beklagten Brüder aufhörten, Streitgenossen zu seyn. Von jetzt an kann man sagen: kein Rechtsstreit hat auf den andern Einfluß — *res inter alios acta aliis non nocet*<sup>10)</sup>. So wie nun jeder Consorte in Ansehung theilbarer Gegenstände nur sich selbst, nicht aber auch den andern, durch sein Bekenntniß der von dem Gegner behaupteten Thatsachen präjudiciren kann<sup>11)</sup>, eben so wenig kann er es durch ein, im Gefolge der Verweigerung oder des Verschümnisses der Ableistung eines zugesobenen Eides, gesetzlich zu fingirendes Geständniß<sup>12)</sup>. Dadurch entsteht eine formelle Wahrheit gegen den Nichtschwörenden; aber auch nur gegen diesen und diejenigen, die desselben Handlungen und Unterlassungen als die

10) Const. 1. seq. 7. 60.

11) Martin und Walch a. a. O. Heft 2. S. 231.

12) Veral. a. Gensler, in dem Arch. f. civ. Pr. B. 1. S. 31. ff. Not. \*\*\*).

ihrigen anerkennen müssen. Das ist aber zwischen Streitgenossen nicht der Fall — wenn sich der eine für überwunden geben will, kann der andere dennoch nach Entbindung streben<sup>13)</sup>. Hier ist offenbar auch noch ein Ungehorsam auf Seiten des Nichterscheinenden, eine culpa, wohl ein böses Gewissen, vorhanden, aus welchen seinem Streitgenossen gewiß ein Nachtheil nicht erwachsen darf<sup>14)</sup>. Am wenigsten kann dieses da in Zweifel gezogen werden, wo die Streitgenossenschaft der Delaten nicht auf freiwilligem Vereine beruhete; und wäre es rechtsmäßig, daß das Versäumniß oder der Ungehorsam des einen Consorten dem andern schadete, so wäre auch die Gelegenheit gegeben, den aufmerksamen Streitgenossen durch Collusion und Chifane zu besiegen.

Es macht Martin a. a. O. (S. 241.) zur Bestärkung dieser Ansichten noch auf die Analogie der Eingehung eines Vergleiches aufmerksam, welche sowohl durch die Natur der Sache, als durch die Gesetze, für die Eideszuschreibung begründet sey. Von diesem Gesichtspunct aus<sup>15)</sup> haben die Klägerinnen durch die Eideszuschreibung an jeden Einzelnen der Beklagten auch jedem von diesen einzeln einen Vergleich über seinen Antheil an dem Gegenstand des Rechtsstreites angeboten, und dieser 4fache Vergleich ist durch die Annahme des Antrags von Seite der Delaten existent geworden. Auf diese Weise wurde die Möglichkeit einer verschiedenartigen Erledigung des Streites von den Klägerinnen selbst eingeleitet; sie haben, wie schon oben erwähnt wurde, gleichsam die Streitgenossenschaft der Beklagten, welche von ihnen hervorgerufen war, selbst wieder aufgelöst, und das weitere gerichtliche Verfahren, wenn es gleich der Form nach noch gemeinsam fortschritt, hatte keine andere Bedeutung, als den mit jedem der Delaten einzeln eingegangenen Vergleich in seiner Besonderheit herzustellen und zu vollziehen.

Freilich mag es sich nun ergeben, daß der Richter dieselbe Thatsache in Rücksicht des Einen für wahr, in Rücksicht des Andern für unwahr annehmen muß. Aber zur Vollziehung der

13) Martin, in dem Lehrb. des Civ. Proc. S. 309.

14) fr. 9. pr. liberali causa. fr. 74. et 156. pr. de regulis juris. Const. 21. de poenis.

15) Nicht alle stimmen dieser Ansicht bei. M s. & B. Gensler, a. a. O. 2. pag. 32. Allein wenn gleich der Eideseid in die Zahl der ordentlichen Beweismittel eingetretet ist, so behält doch sein Antrag und seine Folge noch immer viel vergleichs-ähnliches. Grolman, in der Eb. d. ger. Verf. im bürgerl. Recht. S. 21.

einzelnen Vergleiche kommt es nicht darauf an, ob die zu beschwörenden Thatsachen wahr oder unwahr sind, sondern nur darauf, ob geschworen oder nicht geschworen wird. Die formelle Ueberzeugung des Richters hängt ja von objectiver Wahrheit überall nicht ab <sup>16)</sup>, und dem Allem gemäß liegt es außer Zweifel, daß der Beweis, welcher gegen die im Schwörungstermine nicht erschienenen Brüder für gestellt erachtet werden mußte, gegen diejenigen, welche geschworen haben, nicht wirksam seyn könne.

§. 5.

Wie sollen aber diese Ansichten bethätigt werden, ohne den oben erwähnten Grundsatz: »paganus pro parte etc.« zu verletzen? —

Daß dieser Grundsatz als Regel und durchgreifend in dem Systeme des röm. Erbrechtes vorwalte, daß er als eines der vorzüglichsten Principien aller Succession nach römischem Rechte betrachtet werden müsse, ist außer allem Zweifel. Daraus ergibt sich die Folge, daß jede gesetzliche Vorschrift, welche eine Abweichung von diesem Grundsatz aufstellt, als eine Ausnahme, als ein singuläres Gesetz, zu betrachten und auszulegen sey.

Als solche Besonderheiten führt man gewöhnlich diejenigen Stellen im Pandectentitel de inofficioso testamento an, nach welchen in gewissen Fällen ein Testament durch Anstellung der *querela inofficiosi* nur zum Theil rescindirt wird, und zum Theil aufrecht bleibt <sup>17)</sup>; und deren Princip von *Papinian* dahin ausgesprochen ist »nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri.«

Ueber das innere Verhältniß dieser Anomalien zu der Regel über das Gemeinsame dieser für verschiedene Fälle bestimmten Abweichungen — über die Gründe derselben — haben schon mehrere Rechtslehrer Aufklärung zu geben versucht. Allerdings würden sich die Gründe der abweichenden Bestimmungen leichter finden lassen, wenn erst die *Motiven* der gesetzlichen Dis-

16) Martin, a. a. D. S. 235 — 6. Gensler, a. a. D. S. 31. Schon dieser Grund allein wird entscheidend seyn; wollte man auch die Analogie zwischen Eidesdelation und Vergleich ganz zurückstellen, und nur berücksichtigen, daß die Klägerinnen gegen jeden einzeln Beklagten einen besondern subjectiven Beweis unternahmen. So wie die Subjecte getrennt wurden, so spaltete sich auch die formelle Wahrheit. In Rücksicht auf das eine Subject kann eine Thatsache als juristisch wahr, und in Rücksicht auf ein anderes Subject als juristisch unwahr vorliegen. L. 15. §. 2. D. 5. 2.

17) fr. 15. §. 2. fr. 24. 29. 25. §. 1. de inofficioso testamento.

gel ausgemacht wären. Aber daß man hierüber keine befriedigende Antwort geben könne, und sich daher damit begnügen müsse, den Inhalt der einmal vorhandenen positiven Vorschriften zu erforschen und zu deuten, hat wohl *Thibaut* <sup>18)</sup> ganz richtig bemerkt.

#### §. 6.

Die Regel, nach welcher die Intestaterbfolge von der testamentarischen ausgeschlossen wird, äußert sich darin, daß dem Testamentserben Alles accrescit, worüber der Erblasser nicht verfügte, oder was durch Wegfallen berufener Miterben eröfnet wird. Ob dies dem Willen des Testirers gemäß sey oder nicht, darauf wird keine Rücksicht genommen. Verordnet dieser z. B. „den *Titius* setze ich zum Erben in die Hälfte meines Vermögens ein“ — so wird die Vernunft nicht daran zweifeln, daß der Testator in Rücksicht der andern Hälfte seines Vermögens der Intestaterbfolge habe Statt geben wollen. Aber desungeachtet bekommt *Titius*, nach Vorschrift des positiven Gesetzes, das Ganze. „Nam jus nostrum non patitur, eundem in paganis et testato et intestato decessisse <sup>19)</sup>.“ Wenn gleich der Wille des Testirers offenbar dahin ging, eine Concurrentz der Testamentserb- und Intestaterbfolge zu begründen, so wird doch demselben nicht entprochen. Denn „testamenti factio non privati sed publici juris est <sup>20)</sup>“, „et nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant <sup>21)</sup>.“

In dem andern Falle, wenn berufene Miterben vor der Abquisition wegfallen, ist die Frage: weßten Eintritt in den eröffneten Erbchaftstheil dem Willen des Testirers entsprechen möge? in Gemäßheit unseres Grundsatzes geradezu abgeschnitten, und durch das jus aderescendi die Einheit der letztwilligen Disposition und der Verlassenschaft festgehalten.

Aber auch nur vom Testirer — vom Verhältnisse seiner letztwilligen Disposition zur Verlassenschaft — kann die fragliche Regel verstanden werden. Sie bestimmt: „wer ein Testament errichtet, muß durch dasselbe die ganze Verlassenschaft erschöpfen, und so lange dasselbe aufrecht bleibt, kann die Succession nur

18) *Civil. Abhandl. Nro. V.*

19) *fr. 7. de R. J.*

20) *fr. 3. qui test. fac. pos.*

21) *fr. 55. de leg. I.*

aus ihm, dem Testament, deferirt werden <sup>22)</sup>.“ Der Inhalt jener Regel schließt keineswegs jede Concurrenz der Testaments- und der Intestat-Erbfolge aus; sondern diese Concurrenz darf nur nicht vom Erblasser selbst ausgehen. Man soll durchaus nicht annehmen können, daß sie auf irgend einen Fall in dem Willen desselben begründet gewesen sey. Diese beschränkende Beziehung der angeführten Regel auf den Willen des Testators rechtfertigt sich sowohl durch die subjective Fassung derselben: „nemo — decedere potest“, als auch insbesondere durch die Erklärung der Ausnahme, nämlich: „nisi sit miles, cujus sola voluntas in testando spectatur <sup>23)</sup>.“

Muß man also, um diese Concurrenz zu rechtfertigen, weder auf den ursprünglichen, noch auf den eventuellen Willen des Testators zurückgehen, sondern scheint jene Concurrenz durch andere Verhältnisse oder Ereignisse gefordert zu seyn, so steht ihrem Eintritte die fragliche Regel durchaus nicht im Wege.

Dies scheint von Tryphonin in fr. 19. §. 2. de castrensi peculio angedeutet zu seyn, indem er sagt: „miles ab initio pro parte testatus, pro parte intestatus potuerat mori.“ Denn bei einem Todesfalle fragt man vor Allem (ab initio) <sup>24)</sup> nach einem Testamente; und eben so erkundigt man sich vorerst nach dem etwaigen eventuellen Willen des Erblassers, wenn eine Verfügung des Testaments aus irgend einem Grunde nicht zur Erfüllung kommt. In diesem Sinne kann der paganus ab initio nicht pro parte testatus pro parte intestatus verstorben seyn. Wohl aber

22) fr. 38. de acquir. her. Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.

23) §. 5. de hered. inst. fr. 37. de testam. militis. — Vorzüglich der Gegensatz von jus und voluntas in C. 1. de mit. test.

24) Daß dieser Zusatz „ab initio“ die Beziehung des fraglichen Grundsatzes auf den Willen des Testators ausdrückt, ergibt sich aus den nächstfolgenden Worten desselben Gesetzes: „quod jus iste (nämlich der paganus, von dem die Rede ist) non habuerit, non magis, quam sine observatione legum facere testamentum.“ Diese Erklärung ist ferner unterstützt durch den überall ausgesprochenen Vorzug der testamentarischen Erbfolge, nach welchem ein bestehendes judicium testantis, ja selbst die spes testamentariae successionis die Intestaterben ausschließt, und dem gemäß in jedem Falle einer eröffneten Succession vorerst (ab initio) nach einem etwa vorhandenen letzten Willen des Erblassers gefragt werden muß.

kann durch später eintretende Verhältnisse eine theilweise Testaments- und theilweise Intestat-Erbfolge eintreten -).

§. 7.

Die oben berührten Fälle, in welchen nach gesetzlicher Vorschrift sich im Erfolge zum Theil eine Testaments- zum Theil eine Intestat-Erbfolge ergibt, haben das Gemeinsame, daß hier

1) die Concurrenz beider Arten der Erbfolge bei dem Da-seyn mehrerer Testamentserben sich

2) dadurch bildet, daß ein Testament, welches die ganze Erbschaft umfaßt, durch richterliches Urtheil zum Theil, nämlich gegen einen der eingesetzten mehreren Erben, rescindirt wird.

Der Erblasser war also ab initio in Rücksicht der ganzen Erbschaft als testatus verstorben, und somit war auch dem in Frage stehenden Grundsatz vollkommen genügt. Die Concurrenz der Testaments- und Intestat-Erbfolge hat hier ihren Grund nicht nur nicht in dem Willen des Testirers, sondern sie wird vielmehr gegen den Willen desselben, durch theilweise Rescission seines letzten Willens, durchgeführt.

Die Zulassung dieser Concurrenz in dergleichen Fällen ist also keine positive Anomalie, sie enthält durchaus keine Abweichung von dem Grundsatz: „paganus pro parte etc.“, sondern sie tritt in Verhältnissen ein, welche durch diesen Grundsatz gar nicht getroffen werden, durch ihn gar nicht bestimmt sind. Darum fand es auch Papinian so ganz natürlich, daß hier von jenem Grundsatz nicht die Rede seyn könne; darum bemerkt er: „es scheint nur, als sey er verletzt.“ Nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri<sup>25)</sup>.

Hieraus ergibt sich die Folge, daß die angeführten Gesetze, welche eine Concurrenz der beiden Arten der Erbfolge zulassen, durchaus nichts Singuläres enthalten, sondern ganz consequent eine Begränzung der Anwendung des fraglichen Grundsatzes nach dem Inhalte und Geiste desselben aussprechen.

25) Auf diese Weise rechtfertigt sich die von Thibaut a. a. O. verworfene Unterscheidung zwischen einem pro parte intestatus ab initio oder ex post. Sie findet sich nach Vorgang der Glosse schon bei Cujacius (quaest. Papin. L. 14. ad L. 15. §. 2. de inoff. und Comm. ad Tit. de Reg. Jur. ad L. 7.) Donellus (Comment. LXIX. C. X.) und bei de Retses (Meermann Thes. Tom. VI. pag. 253); — ist aber nirgends klar gedacht.

26) fr. 15. §. 2. de inoff. Auch in fr. 24. eod. ist das „videbitur“ von Ulpian offenbar significant gebraucht. — In fr. 19. eod. äußert sich Paulus nicht minder bedeutsam „pro parte intestata efficitur.“

Darum ist auch die Anwendbarkeit dieses Ausspruchs keineswegs auf die speciellen Fälle, auf die besondern Verhältnisse der *querela in officiosi* beschränkt; sondern es läßt sich aus ihnen die allgemeine Regel aufstellen: In allen Fällen, wo ein Testament von den Intestaterben gegen mehrere Testamentserben angefochten wird, kann sich im Erfolge eine Concurrenz der Testament's; und Intestat; Erbfolge ergeben.

§. 8.

Nach diesen Prämissen unterliegt die endliche Entscheidung des hier vorgetragenen Falles keinen Schwierigkeiten mehr.

Durch den Zwischenbescheid war der Ausgang des Proceßes dahin festgestellt worden: daß, würden die Klägerinnen den auferlegten Beweis stellen, ihrem Begehren gemäß das angefochtene Testament als nichtig erklärt, und die Intestaterbfolge eröffnet werden solle; würden sie hingegen das Beweissthema zu entschöpfen nicht vermögen, das väterliche Testament als völlig gültig zu betrachten, und sie demnach mit ihrer Klage abzuweisen seyen.

Nun haben sie den auferlegten Beweis gegen zwei der Beklagten wirklich gestellt, gegen die zwei andern sind sie aber beweisfällig geworden. Die Natur des im Streite befangenen Rechtsverhältnisses fordert, wie gezeigt wurde, keine Einheit des Erfolgs; auch wird die auszusprechende Concurrenz der Testament's; und Intestat; Erbfolge zum Grundsatz: *nemo pro parte testatus etc.* durchaus nicht verletzt, vielmehr ist diese Concurrenz in solchen Fällen durch deutliche Gesetze<sup>27)</sup> verordnet. — Dem Allem zu Folge wurde in vorliegendem Falle von Rechtswegen das Endurtheil dahin ausgesprochen:

1) Das Testament des M. L.\* besteht in Rücksicht der Beklagten J.\* und G.\* dergestalt zu Recht, daß sie den vollen Betrag des ihnen zugedachten Vermögens erhalten, und die Klägerinnen insoweit mit ihrer Klage abgewiesen werden. —

27) Auf unsern Fall paßt vorzüglich das angeführte fr. 15. §. 2.: „*filius, qui, de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus, diversas sententias judicum tulit, et unum vicit, ab altero superatus est. — Credimus, eum legitimum heredem pro parte esse factum: et ideo pars hereditatis in testamento remansit.*“ — Zwar sind noch keine *diversae sententiae judicum* vorhanden, sondern erst von einem und demselben Richter auszusprechen. Aber daß hier mehrere Proceße nur gemeinschaftlich verhandelt wurden, ist oben ausgeführt, und — *iusjurandum majorem habet auctoritatem, quam res judicata.* fr. 2. de *jurejur.*